

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 47, Época II, Junio 2022



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Andrea PORCIELLO,
Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto,
Edizioni ETS, Pisa, 2021, 215 pp.

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Universidad de Sevilla
<http://www.orcid.org/0000-0002-3818-5990>

El libro que me propongo reseñar es una excelente aproximación a temas que son nucleares de la teoría y filosofía del Derecho, ya clásica, ya contemporánea. Y lo es, a mi modo de ver, por tres motivos principales: por la importancia de las cuestiones que abarca, por la capacidad argumentativa con que se exponen y por la claridad con que se muestran.

En efecto, la obra del profesor Andrea Porciello, *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, ofrece un recorrido panorámico sobre los tópicos medulares que vertebran la entera historia de la filosofía del Derecho. El autor dibuja, con mano maestra, un mapa certero de los interrogantes del pensamiento iusfilosófico que han ocupado a los juristas durante más de dos mil años. Como señala el profesor Javier Ansuátegui, quien prologa la obra, Porciello se adentra en el Cabo de Hornos iheringiano por el que tarde o temprano ha de navegar cualquier filósofo del Derecho. En este sentido, el libro del catedrático de Filosofía del Derecho de la *Università degli studi Magna Græcia di Catanzaro* viene a incursionar en el sempiterno tema de las relaciones entre el Derecho y la moral: que, como apuntara hace años Francisco Laporta, no es *un* tema más de la Filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la Filosofía del Derecho *está*. Tan pronto como un jurista se planta ante un problema filosófico-jurídico está pisando ya ese terreno fronterizo ubicado entre la moral y el Derecho. La relación entre la moral y el Derecho es como la definición del propio ámbito de reflexión de la disciplina iusfilosófica, su seña de identidad. El objeto de estudio y razón de ser –por decirlo brevemente– de nuestra asignatura.

No sólo se ocupa Porciello de la tensión entre el Derecho y la moral. Pero la centralidad de esta relación hace que, dependiendo de la postura que

adoptemos en función de la naturaleza de ambos sistemas normativos, de ella se vayan a derivar otras tantas consecuencias que afectan a la práctica jurídica, al ámbito de la interpretación, al de la aplicación o la argumentación. Por ello estamos ante un libro que no se limita a examinar exclusivamente la relación entre el Derecho y la moral, sino en el que también se encaran problemas relacionados con el estatuto científico del Derecho o la neutralidad de la ciencia jurídica, la caracterización del quehacer del jurista o la dimensión interpretativa y argumentativa del Derecho.

Por lo dicho hasta ahora se puede intuir ya que el libro es, en segundo lugar, sugerentemente propositivo y no meramente expositivo: su autor, además de mostrarnos las posturas clásicas de teóricos ya consagrados, interviene también a menudo con voz e ideas propias, como si se sintiera tentado a participar críticamente en los debates. Con ello, Porciello confirma su erudición de los temas tratados, y además se apoya en las argumentaciones rigurosas que tiene a su alcance como buen conocedor de la historia del pensamiento jurídico y político. Por las páginas de esta monografía desfilan, nada menos, figuras centrales como Hart, Ross, Bobbio, Alexy, Fuller, Taylor, Rawls, Mill o Devlin.

Y ya, en tercer lugar, el libro cuenta con el mérito de una notable claridad y concisión en su exposición: su extensión es la adecuada para no resultar abrumador ni dejar lagunas en el tratamiento de los temas. Irremediablemente podrán hallarse cuestiones que no hayan sido abordadas con mayor detenimiento, pero la selección de temas y su tratamiento son, desde luego, suficientes y adecuados para el objetivo perseguido. Su tono es ameno y su estilo, llano, sin tecnicismos innecesarios. Se augura, pues, una agradable lectura de resultado muy provechoso.

Desde el inicio de la obra, Porciello deja clara su intención: “explorar y profundizar en la cuestión filosófico-jurídica por excelencia, la relativa a la relación entre el Derecho y la moral. La idea que sustenta todo el trabajo es que esta relación se puede, a su vez, descomponer en algunos temas más específicos, conectados pero conceptualmente independientes, que permiten, y de hecho exigen, un tratamiento autónomo” (p. 17).

La Parte I, titulada *l'individuazione di tre questioni*, contiene un único ensayo dedicado a las relaciones entre el Derecho y la moralidad. En esta Parte, Porciello analiza los propios vocablos en tensión, y reconoce hasta cinco sentidos posibles con los que usamos la palabra “moral” y otros tres con los que empleamos el término “Derecho”. Continúa abordando la naturaleza de la

relación entre el Derecho y la moral como sistemas normativos, sus conexiones y distinciones, la cuestión de la neutralidad de la ciencia jurídica y la problematización y posibilidad del Derecho injusto, donde la referencia a Radbruch es insalvable. La realidad evidencia que las elaboraciones que hoy se ensayan en nuestros Ordenamientos jurídicos –coincido con Porciello– son más complejas que aquellos esquemas que pretenden reducir el Derecho y la moral a compartimentos estancos excluyentes. El llamado neoconstitucionalismo –como paradigma o mejor reconstrucción iusfilosófica del Estado constitucional– iría precisamente en esa dirección de reconocer la existencia de relaciones, más que de separaciones, entre ambos órdenes normativos. El Derecho de las sociedades democráticas avanzadas *necesita* de la conexión entre el Derecho y la moral. Si bien la última palabra que resuelva la eterna tensión entre el Derecho y la moral a nivel conceptual no pueda decirse, sin embargo, “desde la posguerra, y esperemos que por mucho tiempo, el paradigma jurídico preeminente en la cultura occidental es el constitucional, en el que el Derecho y la moral, después de un largo vagar distantes, finalmente se reencuentran” (p. 44). Finaliza Porciello esta Parte dejando apuntada una cuestión que retomará hacia el final de la obra, la *questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto*. Se ocupa el profesor italiano del espinoso asunto del moralismo legal y se pregunta si es deber del Derecho, principalmente del Derecho penal, imponer la moralidad dominante de la comunidad.

Porciello dedica los tres ensayos que integran la Parte II de su monografía a la cuestión metodológica. En el primero, *H.L.A. Hart e il metodo positivista nel paradigma costituzionale*, se ponen sobre la mesa las múltiples dificultades que tuvo que enfrentar el viejo positivismo jurídico para mantenerse con vida tras la irrupción del paradigma constitucional en la etapa posbélica. Aquí Porciello descarta los dogmatismos que nos conducirían a valorar modelos teóricos en abstracto, y opta –acertadamente en mi opinión– por poner en relación siempre cualquier valoración que se haga con la tradición o sistema jurídico real de referencia. En nuestro caso, podemos convenir con Porciello, el análisis de las propuestas teóricas no puede perder de vista su inserción en una democracia constitucional, pues este modelo de organización política y jurídica “ha negado y superado el positivismo jurídico, resultando mucho más adecuado para dar cuenta de las prácticas que se realizan en ese modelo y de las dinámicas conflictuales típicas que se producen en las sociedades de la era del constitucionalismo” (p. 57). Los otros dos ensayos de la Parte II, *Alf Ross e l'epistemologia giuridica* y *Norberto Bobbio e la giurisprudenza*

za come “vera” scienza, están dedicados a la forma en que el mayor exponente del realismo jurídico escandinavo y el gran maestro italiano concibieron la idea de ciencia jurídica.

La parte III del volumen está dedicada a la *questione definitoria*: rastrea Porciello la posibilidad de que, en la definición de lo que el Derecho sea, entren en juego no solo los elementos que tradicionalmente ha incluido el positivismo como conceptos jurídicos fundamentales (fuerza, autoridad, legitimidad, reglas), sino también otros de naturaleza moral. Y aquí Porciello se hace acompañar de los dos –seguramente– más importantes críticos del positivismo del siglo XX, dedicándoles a cada uno un capítulo: *Robert Alexy e la dimensione ideale del diritto* y *Lon L. Fuller e la moralità del diritto*. Tanto Fuller como Alexy se han mostrado a favor de la tesis de lo que el Derecho “es” implica necesariamente la referencia a lo que “debería ser”. O dicho de otro modo, una definición completa del Derecho necesita hacer alusión, también, a una dimensión ideal (según Alexy) o a una estructura que es internamente moral (según Fuller, a quien Porciello reconoce –pese a no ocupar el lugar destacado que merece– como “uno de los más eminentes y originales filósofos del Derecho del siglo XX”, p. 132).

Finalmente, la Parte IV, que consta de dos ensayos, está dedicada a la *questione sociale*, esto es, a la relación entre el Derecho y la moral positiva, el campo de batalla –si se me permite la expresión– donde ambos órdenes se enfrentan en la práctica. Andrea Porciello muestra en estos dos últimos capítulos cómo algunas dimensiones de los problemas teóricos, examinados en las partes anteriores del libro, se manifiestan en el funcionamiento concreto de los grupos sociales. De esta manera, se centra tanto en el análisis de la relación entre el individuo y la comunidad como en la reflexión sobre la imposición de la moral social dominante o mayoritaria a través del Derecho. Estos temas revelan, sin duda, cuán cerca se halla la teoría jurídica de la filosofía moral y política. En el primer ensayo de esta Parte, *Taylor, Rawls e i rischi dell’omologazione sociale*, Porciello pone en discusión a estos dos autores acerca de sus diferentes formas de concebir las ideas de identidad y de sociedad y el papel que en ellas juega el Estado. La postura individualista será ejemplificada en la estela del liberalismo clásico contractualista de John Rawls y la aproximación comunitarista, de inspiración aristotélica, se apoyará en Charles Taylor. Porciello propondrá finalmente una solución intermedia bastante próxima a la expresada por el filósofo alemán de *Facticidad y validez*, “una forma de universalismo, el de Habermas, sensible a las diferencias

y dispuesto a fomentar la inclusión del 'otro' sin ceder a la tentación de la asimilación y la homogenización" (p. 179). Cualquier proceso de integración en sociedades multiculturales, con concepciones del bien diferentes e incluso opuestas, debe contar con "todos los medios disponibles a su alcance, tanto del Derecho, como de la política y, especialmente, de la educación en el valor de la diferencia, con el fin de enseñar a las nuevas generaciones la riqueza que porta la diversidad" (p. 182).

Con el segundo ensayo de esta Parte y último del libro, *Patrick Devlin e il populismo penale contemporaneo*, me parece que Porciello llega al corazón mismo de la tensión entre el Derecho y la moral. Es este texto el que, en mi opinión, había venido fraguándose a lo largo de toda la obra y permite concluirla con una mirada práctica que revela la importancia de la cuestión. Se analizarán dos importantes debates iusfilosóficos: El primer debate que nos trae Porciello arranca con John Stuart Mill y su *On liberty* (1859), y la respuesta que a éste da Fitzjames Stephen, afamado juez de la Corte Suprema inglesa y tío de la escritora Virginia Woolf, en *Liberty, Equality, Fraternity* (en 1873, coincidiendo con la muerte de Mill). Polémica que vuelve a revitalizarse, casi un siglo después, en Inglaterra con las obras de H.L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*) y Patrick Devlin (*The Enforcement of Morals*), tras la publicación del Informe Wolfenden en 1957 que recomendaba la despenalización de la homosexualidad. Las posturas en liza se pueden reconducir, por un lado, a las tesis moralistas defendidas por Stephen y Devlin, para quienes la sociedad, en aras de preservar la moralidad como comunidad de ideas y creencias compartidas que mantiene cohesionados a sus miembros, puede legislar en contra de las conductas inmorales que pongan en peligro la estabilidad de la moral comunitaria, aunque los comportamientos *viciosos* de un individuo no causaran daño a ningún tercero. Por otro lado, para Hart, alineado con Mill, condenar comportamientos por el mero hecho de ser inmorales pero que no causan daño a otros, es una interferencia intolerable del poder político y de la sociedad en la esfera privada de los individuos.

Las tesis de Stephen y Devlin, como bien ha visto Porciello, son la "quintaesencia tanto del moralismo jurídico como del populismo penal" (p. 230). Ellos verían con agrado que los sentimientos de intolerancia, indignación y repugnancia del pueblo guiaran la tarea del legislador penal y que aquello que desagrada a la mayoría se convirtiera en delito. El *hombre del autobús de Clapham* (metáfora que utilizó Devlin para ejemplificar al hombre medio, al buen padre de familia) es el que nos da muestra de esos sentimientos de

disgusto. No hay más que escuchar al conductor de autobús y trasladar su sentir al Derecho. Como reconstruye Porciello, “para Devlin, actuar democráticamente significa tomar decisiones teniendo siempre muy en cuenta la voluntad (moral) de la mayoría” (p. 195). El problema es que el *hombre del autobús de Clapham* puede tener más prejuicios que los que desearíamos en un legislador racional. El disgusto, la aversión o la desaprobación para legislar son peligrosos. Son malas razones para coartar la libertad humana. Y mantener hoy este populismo punitivo, que considera que los sentimientos de repulsión son una buena base para la legislación penal, resulta problemático:

“Cualquier cosa puede convertirse en un delito, incluso una inocente relación amorosa consentida entre dos hombres completamente pacíficos. El único límite que encuentra el Derecho estaría constituido por el carácter social, es decir, por lo que, en un momento histórico determinado, cree la mayoría de las personas (sobre todo desde el punto de vista moral), o quizás sería más adecuado decir lo que esa mayoría ‘cree creer’. Si nuestras sociedades estuvieran pobladas por ángeles, la creencia de Devlin en su prójimo, el hombre medio, no sería motivo de preocupación. El problema es que el buen padre de familia, al igual que el conductor de autobús o el propio miembro del jurado, puede expresar su repulsa e intolerancia a cualquier comportamiento, frente a cualquier minoría, sin límites” (pp. 234-235).

Huelga decir –como nos ha insistido Porciello a lo largo de su obra– que todo Ordenamiento jurídico está inspirado en una serie de valores y principios morales (su ética pública). El Derecho, por tanto, no es neutral al incorporar ese conjunto de valores e intereses desde el mismo momento en que se opta por el Estado social de Derecho y no por otro modelo. Detrás del Derecho estatuido por ese Estado hay una concepción del mundo, hay unos valores y no otros y hay una apuesta por el papel central que ocupa en ese Estado el ser humano autónomo, subrayando la importancia de un trato imparcial dado a todas las personas en pie de igualdad cuando adoptan decisiones que tienen que ver con sus proyectos de vida buena, de florecimiento humano o de excelencia personal. Por ello, los debates Mill-Stephen y Hart-Devlin no versan sobre si hay que expulsar del Derecho todo contenido moral, no se trata de *amoralizar* el Derecho (algo por otra parte imposible e indeseable en nuestros Estados constitucionales), sino de señalar qué principios o qué pautas morales deben incorporar las leyes: porque lo que no está tan claro es que estos valores tengan que ser los de la moral mayoritaria; o al

menos no deberían imponerse a través del Derecho de una forma tan automática como Devlin presuponía.

En definitiva, vemos que son cuestiones intrincadas que no tienen fácil respuesta (y, desde luego, no tienen una única). Pero el mérito de Porciello es presentarlas con rigor y seguir discutiéndolas. He aquí una obra de gran calidad. No se trata –como nos pretende engañar Porciello con su título– solo de “*tre questioni*”, sino de un conjunto amplio y profundo de temas que interesarán tanto a principiantes como a lectores ya iniciados en la filosofía jurídica, tanto a profesores como a estudiantes universitarios. Desde luego, no es nada frecuente poder disponer de una obra que rescate, con tanto acierto, los temas básicos de la filosofía del Derecho. Y menos frecuente es que se haga poniendo el acento en torno a temas que, siendo clásicos, como el del moralismo legal, no han perdido un ápice de actualidad e interés para nuestras sociedades abiertas y diversas. Me permito, pues, recomendar vivamente el libro *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, del profesor Andrea Porciello, en el buen convencimiento de que su lectura no defraudará. Avanti!

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Universidad de Sevilla
e-mail: jdrojas@us.es